

**AÑO 2002 / N° 268**



# GACETA JURÍDICA

## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

### **DIRECTOR**

Prof. Mario Verdugo Marinkovic

### **SUBDIRECTOR**

Prof. Domingo Hernández Emparanza

### **REPRESENTANTE LEGAL**

Prof. Mario Verdugo Marinkovic

### **COLABORADORES PERMANENTES**

Juan Bustos Ramírez  
*(Prof. Derecho Penal U. de Chile)*

José Luis Cea Egaña  
*(Prof. Derecho Constitucional  
U. Católica de Chile)*

Rafael Gómez Balmaceda  
*(Prof. Derecho Comercial U. de Chile  
y U. Diego Portales)*

Carlos Künsemüller Loebenfelder  
*(Prof. Derecho Penal U. de Chile)*

Marcos Libedinsky Tschorne  
*(Ministro Corte Suprema)*

Rolando Pantoja Bauzá  
*(Prof. Derecho Administrativo U. de Chile)*

Hugo Pereira Anabalón  
*(Prof. Derecho Procesal U. de Chile)*

Arturo Prado Puga  
*(Prof. Derecho Comercial U. de Chile)*

Lautaro Ríos Álvarez  
*(Prof. Derecho Constitucional U. de Valpo.)*

Jaime Rodríguez Espoz  
*(Presidente de la I. Corte de Apelaciones de  
Santiago)*

Ricardo Sandoval López  
*(Prof. D° Comercial U. de Concepción)*

Alejandro Silva Bascuñán  
*(Prof. Derecho Constitucional U. Católica)*

Eduardo Soto Kloss  
*(Prof. Derecho Administrativo U. de Chile)*

Rodrigo Ugalde Prieto  
*(Prof. Derecho Tributario U. Diego Portales)*

ISSN 0716 - 7938

Miraflores 383 (Torre Centenario) Piso 11 • Santiago, Chile

Fono Mesa Central: 510-5000

Fono Ventas: 800 510 800 - 510 5100, Fax Ventas: 510 5110 - 510 5111

[www.lexisnexus.cl](http://www.lexisnexus.cl)

[ventas@lexisnexus.cl](mailto:ventas@lexisnexus.cl)

# DOCTRINA ESTUDIOS NOTAS Y COMENTARIOS

## JURISDICCIÓN INTERNACIONAL VERSUS JURISDICCIÓN NACIONAL

*¿Una disyuntiva jurídico-económica para inversionistas extranjeros y estados soberanos?*

JOAQUÍN MORALES GODOY(1)  
RODRIGO POLANCO LAZO(2)

### I. INTRODUCCIÓN

Pese a que la inversión extranjera ha sido pilar fundamental del desarrollo económico de Chile y de Latinoamérica y que la inversión chilena en el exterior es una realidad que hoy ha enfrentado diversas complicaciones en algunos países receptores, como Argentina y Perú, poco se ha escrito en nuestro país sobre la solución de controversias jurídicas entre inversionistas extranjeros y el estado receptor de la inversión.

Desde los '90s, los países de nuestro continente confirmaron una actitud positiva hacia la inversión extranjera, a diferencia del

rechazo que despertó durante los años '60s y '70s. Como señaló Nora REY DE MARULANDA, Gerente del Departamento de Integración y Programas Regionales del Banco Interamericano de Desarrollo: "Existe una convicción generalizada en el sentido que la Inversión Extranjera Directa puede ayudar eficazmente al desarrollo nacional contribuyendo a complementar la inversión realizada por agentes nacionales, a la apertura de nuevos canales de comercialización externos para los productos de cada país, a la introducción en la economía nacional de nuevos productos, tecnologías y técnicas de gestión y a la capacitación de recursos humanos..."(3)

En Chile, la actitud histórica hacia la inversión foránea ha sido más bien positiva. Desde su dictación en 1974 a la fecha, el régimen más utilizado por los extranjeros para invertir en nuestro país es el establecido en el Decreto Ley N° 600, Estatuto de la Inversión Extranjera(4), en lo sucesivo decreto ley N° 600. Según estadísticas publicadas por el Comité de Inversiones Extranje-

---

(1) Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho Internacional del Washington College of Law - The American University y Master en Política Económica Internacional del London School of Economics and Political Science. Profesor de Derecho Económico, Escuela de Derecho Universidad de Chile y ex Fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras.

(2) Abogado y Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Económico, Escuela de Derecho Universidad de Chile.

---

(3) REY DE MARULANDA, NORA, en "Inversión Extranjera Directa en América Latina", Manuel Agosin compilador, Banco Interamericano de Desarrollo - Red de Centros de Investigación Económica Aplicada y Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1996, p. X.

(4) Actualmente contenido en el decreto con fuerza de ley N° 523 de 1996, publicado en el Diario Oficial del 16 de diciembre de ese año, el cual fijó su texto refundido, coordinado y sistematizado.

ras(5), entre 1974 al 2001, en Chile se invirtieron por esta vía alrededor de 48,5 billones de dólares.

Sin embargo, al hablar de inversión extranjera en Chile, no podemos olvidar la existencia de otro mecanismo de internación de capitales, como es el Capítulo XIV del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central; en lo sucesivo Capítulo XIV; a través del cual y en el mismo período antes indicado se han invertido alrededor de 5,7 billones de dólares, según estadísticas publicadas por el Comité de Inversiones Extranjeras.(6)

En nuestra opinión, el decreto ley N° 600 fue creado como un mecanismo legal destinado a proveer seguridad para la inversión extranjera que canalice, ofreciendo modos y formas de aporte de capital foráneo más amplias que las establecidas en el Capítulo XIV. Si bien este último instrumento opera como una vía de internación de capitales, desde una perspectiva económica y jurídica no puede asimilarse a la protección y estabilidad que supone el decreto ley N° 600, consistiendo más bien en una expresión de la potestad normativa que el Banco Central de Chile tiene en materia de cambios internacionales.

Al respecto, cabe hacer presente que de acuerdo con el texto original del decreto ley N° 600, su dictación se fundamentó entre otros aspectos en "*la necesidad que Chile ofrezca al inversionista extranjero seguridad*" y "*la necesidad de un cuerpo orgánico de normas que promueva la inversión extranjera estimulando su desarrollo y permanencia en el país*", indicando asimismo que características complementarias a la inversión extranjera tales como los aportes de tecnología, asistencia técnica y mercados exter-

---

(5) [http://www.cinver.cl/fdi\\_inchile/stats/2001/html/GT1\\_2001D.htm](http://www.cinver.cl/fdi_inchile/stats/2001/html/GT1_2001D.htm).

(6) [http://www.foreigninvestment.cl/fdi\\_inchile/stats/2001/html/GT6\\_2001d.htm](http://www.foreigninvestment.cl/fdi_inchile/stats/2001/html/GT6_2001d.htm).

nos "*son elementos indispensables para el desarrollo de Chile*", por lo que en ese sentido era necesario legislar para obtener los beneficios de esos aportes.(7) Así, las inversiones en bienes físicos y tecnología establecidas en el artículo 2° letras b) y c) del referido Estatuto, demuestran la intención del legislador de fomentar el desarrollo en nuestro país a través de la transferencia tecnológica.

Independiente de cómo ingrese la inversión foránea a Chile, nuestro ordenamiento jurídico-económico consagra garantías de especial relevancia para los inversionistas extranjeros, destacando entre ellas: el derecho de propiedad privada con un alto nivel de protección y con reglas preestablecidas relativas a la expropiación, la libre iniciativa económica, la igualdad ante la ley, la no-discriminación arbitraria y la existencia de un Banco Central autónomo e independiente que en su obligación constitucional de velar por la estabilidad de la moneda y el correcto funcionamiento del sistema de pagos internos y externos, adopta medidas en materias cambiarias que responden a criterios técnicos y no a coyunturas de política contingente.

Estos derechos más las reformas económicas introducidas en nuestro país en los últimos veinte años han generado un escenario propicio para la atracción de capitales foráneos, el que se ha mantenido en el tiempo. Así, si bien Chile experimentó un cambio institucional y político de gran trascendencia en 1990, en materia de inversión extranjera se ratificó la política económica y la regulación legal existente hasta esa fecha.

## II. REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA ECONÓMICA

Las actividades económicas incluidas las inversiones, están sujetas además de las

---

(7) *Decreto Ley N° 600, de 1974, Considerandos N° 1, N° 4 y N° 5.*

reglas del mercado y al marco jurídico que les sea aplicable, al eventual control de sus efectos por vía jurisdiccional, tanto en defensa de los intereses de los inversionistas o como para la debida aplicación de las regulaciones que las afectan por parte de los estados receptores de la inversión.

Estados Unidos fue pionero en materia de control judicial de la actividad económica principalmente a través de la revisión que efectuaron los tribunales en materia constitucional (*Judicial Review*), sobre actividades económicas ("*Substantive Due Process*"), protegiendo propiedad y contratos de legislación y regulaciones del Gobierno.

Un caso emblemático fue "*Lochner v/s New York*" (1905), donde la Corte Suprema, interpretando una enmienda de la Constitución, anuló la regulación del Estado de Nueva York que estableció un horario máximo de trabajo a los empleados de panaderías y confiterías. De esta manera, durante los siguientes años los Tribunales se pronunciaron acerca de regulaciones de precios, relaciones laborales y requisitos para ingresar a diversos negocios. Incluso se ha llamado "*Tribunal del Laissez Faire*" a la etapa de la Corte Suprema comprendida entre 1890 y 1937 en la que ésta, dominada por una ideología liberal-conservadora, utilizó las cláusulas de "debido proceso" de las enmiendas quinta y decimocuarta para proteger, con carácter absoluto, la propiedad privada y la libertad contractual.(8)

Desde 1937 en adelante la aplicación del principio antes enunciado, entró en crisis al cuestionarse la oposición de la Corte Suprema a las medidas económicas que pretendía implementar el Presidente Roosevelt, en el marco del "New Deal". Aislada y bajo una gran presión de un amplio sector de la socie-

dad que consideraba la actitud de la Corte como "activismo judicial" (*Judicial Activism*), el Supremo Tribunal aceptó gradualmente y luego de un sustantivo cambio de sus integrantes, la amplia expansión de la autoridad del gobierno en materia económica implícita en las políticas del Gobierno.(9)

A contar de esa fecha la revisión judicial en materia económica en Estados Unidos ha sido limitada, pese a tener algún grado de renacimiento en los años '50 y '60, relacionada con la interpretación de la Corte Suprema acerca de los derechos civiles. Hoy existe un fuerte debate entre los detractores y los defensores de este principio, representados principalmente por el recientemente nombrado ministro de la Corte Suprema, Antonin Scalia y el profesor universitario Richard Epstein.(10)

Hoy en Chile casi no existe discusión doctrinaria acerca del principio de revisión judicial económica, el que si bien no se reconoce expresamente con ese nombre en la Constitución o las leyes, inspira diversos mecanismos derivados de su aceptación y del principio de subsidiariedad, los que tienen consagración expresa en preceptos constitucionales y legales vigentes.

Lo anterior no significa que no hayan existido controversias judiciales acerca de importantes derechos vinculados a una inversión como son el de propiedad y el de igualdad ante la ley, conflictos que tuvieron fuerza a fines de los '60 y principios de los '70, a raíz de temas como la reforma agraria y la nacionalización de la gran minería del cobre. Con

---

(8) Al respecto, véase DORADO PORRAS, JAVIER, "*El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*". Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", N° 3, 1997.

---

(9) Al respecto, véase: WHITE G., EDWARD, "*The Constitution and the New Deal*", Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2001.

(10) Al respecto, véase EPSTEIN, RICHARD A., "*Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*", Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985 y REHMKE, GREGORY F., "Two views on judicial activism", <http://www.freespeaker.org/law>.

todo, cabe recordar que antes de la dictación del Acta Constitucional N° 3 de 1976, nuestro país prácticamente careció de toda clase de revisión judicial específicamente referida al aspecto económico, por lo que estas disputas se solucionaron por la vía de recursos tradicionales, especialmente el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hoy la importancia de este principio es innegable y la fuerza de su aplicación en contra de políticas de gobierno se ve en casos tan extremos como el del "corralito" argentino(11), donde seis de los nueve jueces del máximo tribunal de ese país, votaron a favor de declarar inconstitucional la disposición que estableció las restricciones al acceso a los depósitos bancarios y el uso de dinero en efectivo.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido tangencialmente este principio. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 6 de diciembre de 2001, confirmada por la Corte Suprema el 23 de enero de 2002, señaló que *"el artículo 20 de la Constitución Política de la República señala en forma taxativa las garantías constitucionales que al ser eventualmente afectadas, son susceptibles de ser amparadas por el recurso de protección. Ello permite desechar desde ya, las supuestas infracciones a los principios de libertad económica y de subsidiariedad del Estado, y al principio de revisión judicial económica que el recurrente configura a partir de una violación de los artículos 1º, 6º y 7º y algunos numerales del artículo 19"*.(12)

Uno de los pocos autores que ha abordado este tema, Arturo FERMANDOIS, ha definido a la Revisión Judicial Económica como aquel *"principio que exige a todo orde-*

*namiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la Constitución"*.(13)

Pese a ser un gran avance en la materia, a nuestro juicio, la definición de FERMANDOIS omite un elemento central de la economía y el derecho actual: la internacionalización de los conflictos y de los mecanismos para su solución. Por ejemplo en materia de inversión extranjera, un particular afectado por una acción del Estado receptor de la inversión, dispone además de los instrumentos jurídicos que dicho país provee para la solución de controversias en su derecho interno, de las alternativas de derecho internacional cuya validez normalmente ha sido reconocida por dicho Estado, usualmente a través de tratados internacionales bilaterales o multilaterales.

Así, la revisión judicial económica podría definirse como aquel *"principio que informa a un ordenamiento jurídico según el cual se contemplan o reconocen la existencia de acciones cautelares y sustantivas que permiten a tribunales nacionales o internacionales la revisión vinculante de los efectos económicos de actos de particulares o de autoridades ejecutivas, legislativas o judiciales, ante la Constitución, las Leyes o los Tratados Internacionales"*.

### III. REVISIÓN JUDICIAL ECONÓMICA E INVERSIÓN EXTRANJERA

Nuestro ordenamiento jurídico consagra instrumentos que directa o indirectamente, cumplen con la función de solucionar con-

---

(11) En *La Semana Jurídica*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 28 de enero al 3 de febrero de 2002.

(12) En *La Semana Jurídica*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 25 de febrero al 3 de marzo de 2002.

---

(13) FERMANDOIS ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 81.

troversias en materia de inversión extranjera, ya sea porque protegen derechos derivados de la inversión sin distinguir si su fuente es nacional o internacional o porque se han establecido expresamente en favor del inversionista extranjero. Ambas alternativas corresponden a la concreción del principio denominado "revisión judicial económica".

Conforme a lo anterior, los instrumentos a través de los cuales se concretiza la revisión judicial en materia de inversión extranjera, pueden clasificarse en dos grupos: Mecanismos de Derecho Interno y Mecanismos de Derecho Internacional.

#### A. MECANISMOS DE DERECHO INTERNO:

A nuestro juicio, dentro de esta categoría existen dos tipos de instrumentos para la solución de conflictos: aquellas acciones especiales exclusivas de inversionistas extranjeros y aquellas comunes a todo tipo de inversionistas, sea nacional o extranjero.

Creemos que dentro de estos últimos mecanismos no cabe comprender los recursos administrativos, al no existir un juez imparcial involucrado en la resolución de la controversia, sino la misma administración. Por lo demás, así parece desprenderse del artículo 10 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual al establecer que se podrá siempre interponer recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y recurso jerárquico ante el superior correspondiente, cuando proceda, *"sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar"*.

Asimismo, no es factible considerar dentro de esta categoría al Requerimiento de Inconstitucionalidad efectuado ante el Tribunal Constitucional, establecido en los artículos 82 y 83 de nuestra Constitución, dado que pese a su gran fuerza vinculante(14), no pue-

de ser utilizado directamente por un inversionista extranjero al no encontrarse legitimado para interponerlo, el que corresponde exclusivamente al ejecutivo y a miembros del poder legislativo. Asimismo, al operar como control previo a la promulgación o aprobación de una ley, decreto o resolución, restringe su campo de acción sólo a disputas que ya se hayan presentado en esos momentos.

Con todo, aun cuando existen varias vías de protección a los derechos derivados de una inversión, la mayoría no fueron creadas para la protección del inversionista extranjero sino para el nacional, con todos los problemas asociados que ello trae en materia de seguridad, interpretación y confianza. Más aún, el único instrumento "exclusivo" para el inversionista extranjero es la acción **declarativa de trato discriminatorio aplicable a las inversiones efectuadas vía decreto ley N° 600** que no ha tenido mayor utilidad práctica. Así, el inversionista que interna recursos al amparo del Capítulo XIV está virtualmente desprovisto de un mecanismo propio de solución de controversias.

#### 1. Acciones comunes a todo inversionista

##### a) Recurso de Protección

Se le define como aquella *"acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u*

#### Continuación nota (14)

de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. Asimismo, las disposiciones que declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate. Por otra parte, si el Tribunal resuelve que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio.

(14) Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, sin perjuicio

*omisión arbitraria o ilegal, que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".(15)*

El recurso de protección establecido en el artículo 20 de nuestra Constitución y regulado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992 (16), resguarda los derechos y garantías que indica la Carta Fundamental de la privación, perturbación o amenaza que las personas sufran en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, permitiéndoles ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, *"la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes"*.

En lo que interesa, son susceptibles de protección aquellas garantías que conforman el llamado "Orden Público Económico", que protegen tanto al inversionista nacional como al extranjero, como son: la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2), que impide a la ley y a la autoridad establecer diferencias arbitrarias entre un nacional y un extranjero; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (artículo 19 N° 21); la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus orga-

nismos en materia económica (artículo 19 N° 22); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así (artículo 19 N° 23); el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (artículo 19 N° 24) y el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie (artículo 19 N° 25).

Sobre este punto, concordamos con FERNANDOIS(17), quien señala que al consagrar esta acción se han excluido inexplicablemente las garantías tributarias (artículo 19 N° 20) y del debido proceso (artículo 19 N° 3), siendo este último el instrumento idóneo para materializar el principio de la Revisión Judicial Económica.

Cabe precisar que el Recurso de Protección es propiamente una acción constitucional conocida por los tribunales en uso de sus facultades conservadoras y no un recurso jurisdiccional, ya que no tiene por objeto impugnar una resolución judicial dentro de un determinado proceso. Asimismo, es de carácter cautelar, ya que mediante ella se persigue la adopción de medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho privado, amenazado o perturbado, otorgando la debida protección al afectado. Por ello, no resuelve definitivamente el conflicto de fondo, dejando siempre a salvo los demás derechos que puedan hacerse valer ante los tribunales correspondientes.(18)

El recurso de protección tiene para su tramitación un procedimiento concentrado e inquisitivo. Su interposición es informal, puesto que se posibilita su presentación no sólo por el afectado, sino que por cualquier persona que en su nombre sea capaz de pare-

---

(15) MATURANA, CRISTIÁN, *Los Recursos*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, julio 1997, p. 357.

(16) Publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992 y modificado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1998 (publicado en el Diario Oficial de 9 de junio de 1998).

---

(17) FERNANDOIS, ob. cit., p. 83

(18) MATURANA, ob. cit., p. 358.

cer en juicio, aun por medios como el telégrafo o télex. Es conocido en sala y previa vista de la causa, en primera instancia, por la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión, ante la cual se debe interponer dentro del plazo fatal de 15 días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos. El fallo de primera instancia es apelable ante la Corte Suprema, dentro de los 5 días hábiles siguientes de notificada la resolución, o en el acto de la notificación, si ésta fuere personal. La apelación se ve en cuenta por la Tercera Sala o Sala Constitucional del máximo tribunal colegiado, según sea su funcionamiento ordinario o extraordinario.

No es mucha la jurisprudencia existente sobre esta acción en materia de inversión extranjera. La más antigua corresponde a la sentencia de 14 de mayo de 1986, en autos caratulados "AMATIL LTDA. con SECRETARIO EJECUTIVO DEL COMITÉ DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE CHILE"(19), confirmada por la Corte Suprema el 3 de junio de 1986. En este caso, la recurrente Amatil Limited, sociedad constituida conforme a las leyes de Australia, en su condición de inversionista acogido al decreto ley N° 600, recurrió de protección en contra del Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, por haberle negado su derecho a remesar al exterior el producto de la enajenación total de las acciones de la sociedad receptora de la inversión "Evercrisp Snack Productos de Chile S.A.". La Corte de Apelaciones señaló que tratándose de un contrato entre el Estado de Chile y un inversionista extranjero, regido por el decreto ley N° 600, no le es dada a una de las partes el derecho a alterarlo por acción unilateral.

(19) *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, segunda parte, sección quinta, pp. 84-91.

En otro fallo relevante sobre la materia corresponde a los autos caratulados "COMPAÑÍA MINERA DISPUTADA DE LAS CONDES con BANCO CENTRAL DE CHILE"(20): En este caso el inversionista norteamericano Exxon Chile, alegó la vulneración de las garantías constitucionales del artículo 19 N°s. 24 y 21 de la Constitución, ante la actuación del Banco Central de Chile, quien estimaba aplicable la medida de encaje a los créditos externos obtenidos por el inversionista, pese a que dicha restricción no se encontraba expresamente contemplada en el contrato ley suscrito entre ambas partes en el año 1989. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de enero de 1992, confirmada por la Corte Suprema el 7 de mayo de 1992, se pronunció denegando la acción y sosteniendo que el Banco Central estaba facultado legalmente para adoptar limitaciones de carácter general a la transferencia al país de moneda extranjera, dentro de las cuales se encuentra el encaje a los créditos externos.

*b) Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley*

Establecido en los artículos 80 y 83 de la Constitución, este recurso es regulado por el artículo 96 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales y por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 22 de marzo de 1932. Dado que se interpone por inconstitucionalidad de una ley, en doctrina se discute su naturaleza jurídica como acción cautelar o recurso, al igual como ocurre con el recurso de protección.

Se le ha definido como un "acto jurídico procesal de parte, o la actuación de oficio que se ejerce por la Corte Suprema en virtud de las facultades conservadoras que posee, en las materias de que conozca o que le fue-

(20) *Compañía Minera Disputada de las Condes con Banco Central de Chile, Recurso de Protección*, N° de Ingreso 2.760-91, ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.



ren sometidas a su conocimiento mediante la interposición de algún recurso en un asunto judicial que conoce otro tribunal, en virtud de la cual puede proceder a declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución para la resolución de ese caso particular".(21)

Este recurso es de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema(22) a quien le corresponde conocer en pleno(23) y previa vista de la causa, en el uso de sus facultades conservadoras, puesto que persigue velar por que los poderes públicos actúen dentro del ámbito de atribuciones y respeten los derechos de las personas que la Constitución establece.

Tiene un carácter formal, porque debe interponerse por escrito por la parte a quien pueda perjudicar la aplicación del precepto legal cuestionado, cumpliendo con los requisitos generales de comparecencia ante la Corte Suprema. Así, la norma cuya inconstitucionalidad se pretende debe ser susceptible de ser aplicada para resolver el asunto y no haber sido declarada previamente como constitucional por el Tribunal Constitucional. Con todo, la declaración de inaplicabilidad tiene efecto limitado sólo al juicio o caso específico en que se hizo valer.

Este recurso puede ser interpuesto a petición de parte agraviada o de oficio por la Corte Suprema. Si bien no existe un plazo fatal para su ejercicio, ello debe efectuarse mientras se encuentre pendiente el asunto judicial respecto del cual se quiere obtener la declaración de inaplicabilidad, el que puede ser civil, penal, o no contencioso, y encontrarse en conocimiento de la Corte Suprema o cualquier otro tribunal.

---

(21) MATURANA, ob. cit., p. 446.

(22) *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 80.

(23) *Código Orgánico de Tribunales*, artículo 96.

Presentado el recurso, se confiere traslado común por seis días, aumentado con el emplazamiento que corresponda a las demás partes en el pleito. Transcurrido el plazo antedicho, con o sin respuesta de los interesados, se pasarán los antecedentes para que dictamine el Fiscal de la Corte Suprema. Evacuado dicho trámite, la causa se debe colocar en tabla para su vista y fallo por el Tribunal pleno.

En los hechos, las limitaciones propias de este recurso han restringido su utilización en la defensa de los inversionistas extranjeros. Ello, dado que requiere que exista una disputa en juicio para hacerlo procedente, con lo que siempre actúa de manera correctiva, y porque su resolución sólo tiene efecto en el caso y con la norma que se plantea, aun cuando los problemas puedan provenir de la conjunción de varios factores.

Con todo, diversos fallos han resuelto recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en esta materia, la mayoría anteriores a la Constitución de 1980, dado que en ese período se constituía prácticamente en el único instrumento que permitía la revisión judicial económica. Un fallo clásico en la materia se encuentra la sentencia recaída en el recurso "FORD MOTOR CO." de 3 de octubre de 1966(24), en el caso de los llamados "bonos-dólares". Éstos fueron emitidos al amparo de los artículos 7° y 10 de la ley N° 14.171, la que autorizó al Presidente de la República para emitir bonos de US\$ 5.000.- de capital, más intereses de 7% anual, cuya compra por los inversionistas llevaba aparejadas franquicias tributarias, bajo la garantía del Estado. Posteriormente, el artículo 131 de la ley N° 15.575, gravó con impuesto a la renta los beneficios producidos por los "bonos-dólares", norma que fue recurrida de inaplicabilidad por la Ford Motor Co.,

---

(24) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, segunda parte, sección primera, Tomo LXIII, octubre 1966, pp. 353-361.

en su calidad de titular de dichos documentos.(25)

La sentencia reconoció expresamente que las convenciones autorizadas legalmente, revisten el doble carácter de contratos de derecho público y de derecho privado, no pudiendo el Estado desahuciarlos unilateralmente, porque se trata de convenciones de carácter bilateral que producen beneficios y obligaciones para ambos contratantes y que deben ser cumplidas de buena fe. Esta sentencia fue fuertemente criticada por Eduardo NOVOA que sostuvo la preeminencia del principio de soberanía del Estado por sobre los derechos contractuales de un particular.(26)

#### c) *Recurso de Amparo Económico*

Establecido por la ley N° 18.971, es un recurso que puede interponerse por cualquier persona ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de denunciar las infracciones en que se incurra respecto del artículo 19 N° 21 de la Constitución. Al igual que la acción de protección no es propiamente un recurso jurisdiccional, dado que no tiene por objeto impugnar una resolución judicial dictada dentro de un determinado proceso, sino que requerir que se ponga en movimiento la jurisdicción a fin de conocer e investigar una infracción a la referida norma constitucional.

De acuerdo con el informe técnico que se adjuntó al momento de tramitar el proyecto de la ley N° 18.971, el recurso de inaplicabilidad y el de protección, están concebidos para situaciones que por su naturaleza, no

se ajustan en toda su magnitud a las necesidades de protección de los derechos de los particulares en materia empresarial: "*La ineptitud del recurso de inaplicabilidad que se deduzca por infracción a la Constitución por parte de una ley que autorice una incursión empresarial del Estado, se manifiesta en que con él no se obtiene la derogación de la ley, y en que los excesos estatales pueden provenir de la conjunción de varias leyes y otros factores. El recurso de protección, por su parte, plantea en esta materia diversas dificultades, como por ejemplo, el plazo existente para interponerlo, el 'saneamiento' de la infracción estatal si no se interpone en el referido plazo, y la necesidad de que lo formalice únicamente quien sufra actualmente privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del derecho de emprender, o en su nombre, sin consideración a que el interés general exige la efectividad del principio de subsidiariedad*".(27)

El amparo económico es propiamente una acción cautelar de derecho público y por lo tanto irrenunciable, sin perjuicio de la facultad del afectado de desistirse una vez interpuesto ante los tribunales. Es un recurso informal susceptible de ser interpuesto no sólo por el afectado, sino que en su nombre por cualquier persona capaz de parecer en juicio, aun por telégrafo o télex, y aun por quien no tenga interés actual en sus resultados.

Es una acción de carácter popular, puesto que se posibilita su ejercicio a cualquier sujeto, siendo su titularidad sustancial compartida por tener cada uno de los miembros de la comunidad un interés personal y directo en los resultados favorables que se persiguen.(28) Sin embargo, la propia ley N° 18.971 establece que si la sentencia es-

(25) LÓPEZ, JORGE, *Los Contratos: Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 210.

(26) NOVOA, EDUARDO, Comentario a Sentencia de la Corte Suprema, de 3 de octubre de 1966, en recurso de inaplicabilidad caratulado "Ford Motor Co.". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXIII, sección primera, p. 361 y ss.

(27) VARAS, PAULINO, "Amparo Económico", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 1991 (N° 49), p. 51.

(28) MATURANA, ob. cit., pp. 431 y 432.

tableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base "el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado".

Puede intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad y procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo. Contra la sentencia definitiva procede el recurso de apelación, el cual debe interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conoce del recurso en su Tercera Sala o Sala Constitucional.

Existe escasa jurisprudencia en esta materia referida directamente a disputas sobre inversión extranjera. En autos caratulados "ASIMET A.G. con Corporación Nacional del Cobre de Chile"(29), se trató indirectamente junto con el principio de subsidiariedad, al interponerse acción de amparo económico en contra de CODELCO, por constituir una sociedad anónima del giro sistemas y equipos mineros en conjunto con una sociedad canadiense, alegándose que dicha Corporación no se encontraba autorizada para actuar como empresa privada, pues para hacerlo debería haberse dictado previamente una ley especial de quórum calificado. Esta acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 28 de abril de 1993.

El Recurso de Amparo Económico prácticamente no ha sido utilizado por inversionistas extranjeros como forma de resguardar sus derechos. Probablemente han contribuido a este resultado, su naturaleza eminentemente cautelar, la señalada discusión

---

(29) *Gaceta Jurídica* N° 154, abril 1993, pp. 74-78.

doctrinaria acerca de su ámbito de procedencia y la extendida creencia de que sólo tiene un carácter correctivo por lo que esta acción sólo podría ser interpuesta con posterioridad a la comisión de los actos que importan una infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución.(30)

Sobre este punto, Enrique NAVARRO(31) opinó que si bien en un principio se señaló por los tribunales que la infracción debía "fundarse en hechos reales, efectivos, concretos y determinados y no en simples amenazas de perturbación", la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha extendido lo anterior, aceptando que comprenda cualquier infracción al 19 N° 21, la que puede materializarse a través de una amenaza, privación o perturbación del derecho.

d) *Recurso Especial de Reclamación por ilegalidad de actos del Banco Central*

La relación entre los acuerdos del Banco Central, sus facultades en materia de cambios internacionales y el ingreso de capitales extranjeros es evidente, por esto es importante comentar los mecanismos de control jurisdiccional que respecto de estos actos puede utilizar un inversionista extranjero.

Al respecto, la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Instituto Emisor, en su artículo 69 establece que de los acuerdos, reglamentos, resoluciones, órdenes o instruc-

---

(30) Así se ha fallado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia del 5 de enero de 2002, Rol N° 167.240, confirmada por la Corte Suprema el 29 de enero de 2002, Rol N° 329-02, en *La Semana Jurídica*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., semana del 25 de febrero al 3 de marzo de 2002.

(31) NAVARRO, ENRIQUE, "El Recurso de Amparo Económico", en *La Semana Jurídica*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., semana del 25 de febrero al 3 de marzo de 2002.

ciones que el Banco Central dicte<sup>(32)</sup> y que se estimen ilegales, podrá reclamarse por el interesado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conocerá en sala. El plazo para interponer la reclamación será de quince días hábiles contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama. Una vez más nos encontramos frente a un recurso que es más bien una acción cautelar y no una jurisdiccional, ya que no tiene por objeto impugnar una resolución judicial dentro de un determinado proceso.

La tramitación de este recurso requiere de consignación previa al interponerse, la cual es equivalente al 1% del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama. El reclamante debe señalar en su escrito, con precisión, la ley que supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción, las razones por las cuales el acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción le perjudican y el monto estimado de los perjuicios y si no se cumple con estas menciones o no se efectúa la consignación, la Corte lo podrá declarar inadmisibile.

Admitido a tramitación, la Corte dará traslado al Banco Central por el término de diez días hábiles. Evacuado el traslado por ese Instituto o acusada la rebeldía, la Corte podrá disponer la apertura de un término de prueba, no superior a quince días hábiles. Se debe dictar sentencia, en cuenta o previa vista de la causa, en el término de 30 días, la cual será apelable en el plazo de cinco días hábiles para ante la Corte Suprema, recurso que se verá sin esperar la comparecencia de las partes, en cuenta o trayendo los autos en relación. Si se desecha la reclamación, se perderá el monto de la consignación, a menos que la Corte determine que hubo motivos plausibles para reclamar. Si la re-

clamación es aceptada, la Corte adoptará las medidas necesarias para poner pronto y eficaz remedio al hecho o acto que motivó la reclamación y se devolverá al reclamante la suma de dinero consignada.

Una característica relevante de este recurso, es que no es incompatible con otras acciones. Así, el que hubiere obtenido sentencia favorable en la reclamación, una vez ejecutoriada aquélla, podrá presentarse ante los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas generales, la indemnización por los perjuicios que hubiere sufrido y la aplicación de las sanciones penales que pudieren ser procedentes.

Del análisis de este recurso se concluye que los acuerdos del Banco Central son jerárquicamente inferiores a la ley y deben conformarse con ella, bajo riesgo de ser dejados sin efecto por resolución judicial. Con todo, José Luis CEA ha afirmado que el legislador está naturalmente limitado para dictar normas en materias reguladas por acuerdos del Banco Central, propias de su autonomía técnica, sin que la ley, ni un decreto simple, decreto supremo o reglamento, puedan jamás ser idóneos para regir materias propias de la competencia otorgada al Banco.<sup>(33)</sup>

No existe mayor jurisprudencia sobre la aplicación concreta de este instrumento por parte de inversionistas extranjeros, aunque su procedencia en la materia ha sido reconocida expresamente por los tribunales, en la referida sentencia recaída en el Recurso de Protección "COMPAÑÍA MINERA DISPUTADA DE LAS CONDES CON BANCO CENTRAL DE CHILE". Sin duda han contribuido a su escasa utilización, la exigencia de consignación previa y la forma en que normalmente se comunican los acuerdos del Ban-

(32) Específicamente aquellos que dicte en el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 34, 35, 36, 58 y 61 y, en el párrafo octavo del Título III.

(33) CEA, JOSÉ LUIS, "Acerca de la Autonomía del Banco Central de Chile", memoria de grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1962, p. 93.

co Central, mediante publicaciones generales y no específicamente dirigidas a un inversionista.

*e) Recurso de reclamación por ilegalidad municipal*

El artículo 140 de Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, permite a los particulares interponer reclamos en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de las municipalidades. Así, se puede reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que se estimen ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. Para ello, en su tramitación se distingue una etapa administrativa previa, la que se constituye en un requisito para intentar la posterior revisión judicial de las actuaciones municipales.

Así, en primer lugar, debe reclamarse administrativamente dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde su requerimiento, en el caso de las omisiones. El mismo reclamo puede entablarse ante el alcalde por los particulares agraviados por toda resolución u omisión de otros funcionarios municipales, que estimen ilegales, dentro del plazo de treinta días, contado desde la notificación administrativa de la resolución reclamada o desde el respectivo requerimiento, tratándose de omisiones. Se considerará rechazado tácitamente el reclamo si no hay pronunciamiento del alcalde dentro de quince días, contados desde la fecha de su recepción en la municipalidad.

Rechazado tácitamente o fundadamente el reclamo administrativo, el afectado podrá reclamar judicialmente ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de quince días, indicando por escrito y de manera precisa, el acto u omisión objeto del reclamo, la norma legal supuestamente infringida, la forma como se produjo la infracción y, cuando procediere, las razones por las

cuales el acto u omisión le perjudican. La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente.

Recibido el reclamo, se dará traslado al alcalde por el término de diez días. Evacuado éste o en su rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, regido por las reglas de los incidentes del Código de Procedimiento Civil. Vencido el término probatorio, se remitirán los autos al fiscal para su informe y a continuación se traerán los autos en relación, gozando de preferencia la vista de esta causa.

La Corte, si da lugar al reclamo, podrá decidir u ordenar la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al juez del crimen que corresponda si la infracción fuere constitutiva de delito.

La ley Nº 18.695 reconoce expresamente que cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse ante los tribunales ordinarios para demandar, en conformidad a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procediere y ante la justicia del crimen, las sanciones penales que correspondieren. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada.

Aun cuando el ámbito de competencia de los municipios plantea diversos escenarios donde pueden presentarse conflictos con inversionistas foráneos, especialmente en aquellos aspectos relativos al plano regulador de la comuna, transporte y tránsito público, construcción y urbanización<sup>(34)</sup>, este recurso tiene a nuestro juicio limitada aplica-

---

(34) Ley Nº 18.695, artículo 3º, letras a), d) y e).

ción en materia de inversión extranjera pese a su tramitación bastante expedita. Lo anterior, no sólo por su carácter eminentemente correctivo, sino porque nuevamente nos encontramos ante un recurso extraordinario que no resuelve los perjuicios o infracciones de fondo que se pudieran haber producido, pues aun cuando permite declarar su procedencia, deja entregada su resolución a la justicia ordinaria.

## 2. Acciones exclusivas de inversionistas extranjeros

### a) Acción declarativa de trato discriminatorio

El artículo 9º del decreto ley N° 600, establece que la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe "se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11"(35). Para asegurar este derecho "a la igualdad de régimen", el decreto ley N° 600 ha establecido una acción especial que permite a los inversionistas extranjeros o las empresas receptoras de sus inversiones solicitar la eliminación de normas que se hayan dictado y que se estimen discriminatorias, siempre que no haya transcurrido más de 1 año desde la dictación de las mismas.

El Comité de Inversiones Extranjeras, en un plazo no superior a 60 días contados desde la fecha de presentación de la solicitud, se pronunciará denegándola o adoptando las medidas administrativas que corresponda para eliminar la discriminación o requiriendo a la autoridad pertinente la adopción de éstas, si dichas medidas excedieren las facultades del Comité.

En caso de falta de pronunciamiento oportuno del Comité, de una resolución denegatoria, o si no fuera imposible eliminar la discriminación administrativa, el titular de una inversión extranjera o las empresas en cuyo capital aquélla participe, pueden recurrir a la justicia ordinaria, a fin que ésta declare si existe o no discriminación, y en caso afirmativo, que corresponda aplicarle la legislación general.

Conforme a lo anterior, puede establecerse que la tramitación de esta acción tiene un procedimiento administrativo simple, que comprende las etapas(36) de iniciativa, instrucción, decisión y ejecución. La "iniciativa" consiste en la petición del interesado que se estima agraviado por una discriminación cuyo origen se encuentra en normas jurídicas, sean administrativas o legislativas, la que debe efectuarse dentro del señalado plazo de un año. Durante la "instrucción" se allegan todos los antecedentes para que el Comité adopte una determinada resolución, no pudiendo tardar para ello más de 60 días corridos, desde la fecha de presentación de la solicitud por quien se estima agraviado.

Al adoptar una "decisión", el Comité puede denegar la solicitud, por estimar que no existe discriminación y, por ende, no se produce vulneración al artículo 9º del decreto ley N° 600, o puede acoger la petición, estimando que se vulnera el derecho del inversionista extranjero a no ser discriminado. Aun cuando nada se establece, la decisión del Comité debería ser notificada al peticionario, personalmente o por carta certificada, formas usualmente utilizadas por la Administración del Estado.

Si se acoge la acción deducida, finalmente el Comité debe proceder a la "ejecución" de las actuaciones conducentes a eliminar la norma discriminatoria, según correspon-

(35) El artículo 11 del D.L. N° 600 de 1974, señala que se podrán establecer fundadamente normas aplicables a las inversiones comprendidas en ese decreto ley, que limiten su acceso al crédito interno.

(36) SOTO, EDUARDO, "Comité de Inversiones Extranjeras y Discriminación", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 3, 1991, pp. 497-508.

da. Si la discriminación proviene de normas administrativas como reglamentos, circulares, instrucciones, o actos administrativos individuales y el propio Comité puede eliminarla, deberá hacerlo. En caso contrario, si no tiene atribuciones para ello, deberá requerir a la autoridad pertinente la adopción de las medidas administrativas que eliminen esa norma jurídica discriminatoria, la dejen sin efecto, o la modifiquen.

Si el Comité deniega la solicitud, no se pronuncia, o acoge la solicitud, pero carece de facultades para eliminar la norma discriminatoria, nace en el inversionista el derecho de acudir a la justicia ordinaria a fin que esta última declare, de modo definitivo y con fuerza de cosa juzgada si existe o no discriminación y, de ser efectivo que la norma impugnada presenta ese carácter, declarando que corresponde aplicar al peticionario la legislación general.

El artículo 9º del decreto ley N° 600, señala que se considerarán expresamente como discriminatorias las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva(37), si llegaren a ser aplicables a la generalidad o a la mayor parte de dicha actividad productiva del país, con excepción de la inversión extranjera. Asimismo, tendrán esta calidad las disposiciones legales o reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, si la inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir

---

(37) El mismo artículo 9º, en su inciso final, señala que para estos efectos se entenderá por "*determinada actividad productiva*", aquella desarrollada por empresas que tengan igual definición de acuerdo con las clasificaciones internacionalmente aceptadas y que produzcan bienes ubicados en igual posición arancelaria de acuerdo al Arancel Aduanero de Chile, entendiéndose por igual posición arancelaria, aquella que no experimenta una diferencia entre productos de más de una unidad en el último dígito del Arancel.

las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional.

Según Eduardo SOTO, la acción declarativa de que dispone el inversionista afectado por la denegación, el silencio, o la falta de atribuciones del Comité para eliminar la discriminación que reclama, debe intentarse ante un juez letrado, de primera instancia, competente de acuerdo a las reglas generales. Al respecto, si el recurrente obtiene que se declare discriminatoria la norma reclamada, se produciría un efecto excepcional en nuestro ordenamiento: al ganancioso no se le aplicará jamás la norma legal declarada discriminatoria, por ninguna autoridad, y en caso alguno. Se trataría entonces de una especie de inaplicabilidad, pero no sólo para el caso concreto reclamado en juicio, sino que en general y para el futuro.(38)

Con todo, la interposición de esta acción declarativa también tiene un aspecto procesal que debe ser considerado: según sea el origen de la norma cuya discriminación se reclama, correspondería demandar al Estado de Chile o al organismo con potestades normativas autónomas de que se trate, con las complejidades propias que supone un juicio de hacienda.

Debe tenerse presente que una vez interpuesta la acción declarativa administrativa, el Comité tiene que pronunciarse dentro de 60 días, denegándola o adoptando las medidas administrativas correspondientes. Legalmente no puede adoptar otra actitud distinta a las antes descritas, u omitir su pronunciamiento, dado que estaría creando un procedimiento no establecido en la ley.

La situación anterior se presentó en el caso "CARTER HOLT-HARVEY INTERNATIONAL LIMITED (CHILE) con COMITÉ DE

---

(38) SOTO, EDUARDO, en comentario al fallo de recurso de protección "Carter Holt Harvey International Limited (Chile) y otros con Comité de Inversiones Extranjeras", ob. cit., p. 199.

INVERSIONES EXTRANJERAS". En éste, la empresa neozelandesa Carter Holt-Harvey International Limited, solicitó al Comité la eliminación de normas de carácter discriminatorio contenidas en el artículo 120 de la Ley General de Pesca. Ante dicho requerimiento, su Secretario Ejecutivo dispuso oficiar al Congreso en la oportunidad correspondiente, para que los argumentos sobre discriminación esgrimidos por el peticionario fueran considerados en la revisión del cuerpo legal antes aludido, que se efectuaría ese mismo año 1991.

El inversionista recurrió de protección en contra del Comité, al estimar que con omitir su pronunciamiento acerca de la discriminación contenida en la norma reclamada, había actuado arbitrariamente. La Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia declaró que *"al no haberse pronunciado el Comité de Inversiones Extranjeras sobre la petición que le hicieron los recurrentes, incurrió en una omisión ilegal que los priva del legítimo ejercicio del derecho impetrado por ellos tendiente a eliminar la posible discriminación"*.(39)

Al encontrarse expresamente establecida en el decreto ley N° 600, cabe hacer presente que esta acción solo procede respecto de los inversionistas que hayan suscrito un contrato de inversión extranjera al amparo de tal disposición, excluyendo a todas las efectuadas por otro medio, como el Capítulo XIV.

*b) Acción ordinaria de incumplimiento de contrato de inversión extranjera*

Esta es una aplicación de las reglas generales de contratación, en los casos en que se haya suscrito entre el Estado de Chile y

un inversionista, un contrato de inversión extranjera conforme al decreto ley N° 600. Su procedencia en la materia ha sido reconocida expresamente por la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Recurso de Protección "COMPAÑÍA MINERA DISPUTADA DE LAS CONDES CON BANCO CENTRAL DE CHILE", ya analizado.

Utilizando las reglas generales de Derecho Privado, si el Estado parte de un contrato bilateral, incumple sus obligaciones contractuales, de acuerdo al artículo 1489 del Código Civil, el inversionista extranjero, en su calidad de contraparte, puede demandar al Fisco, solicitando la resolución del contrato o su cumplimiento forzado, todo ello con indemnización de perjuicios. El plazo para interponer esta acción es de 5 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil, que establece ese término de prescripción para las acciones ordinarias. Cabe recordar que la posibilidad de iniciar un juicio por indemnización de perjuicios en esta materia, podría tener también como antecedente un recurso de protección o de amparo económico, reconociéndose expresamente tal posibilidad en la ley N° 18.971, en su artículo único.

Por lo anterior, no creemos en la procedencia de una acción de esta especie, ante inversiones realizadas por una vía distinta al decreto ley N° 600, único medio que puede catalogarse como un "contrato de inversión extranjera", a diferencia de lo que ocurre con la internación de capitales vía Capítulo XIV, la que opera como una mera autorización de la autoridad cambiaria.

La tramitación de una acción de estas características, debe adecuarse a las reglas del juicio de hacienda, contempladas en el Libro III, Título XVI del Código de Procedimiento Civil, artículos 748 y siguientes. Este procedimiento tiene como base el juicio ordinario con la particularidad que requiere la vista del Ministerio Público, el cual si no figura como parte principal, debe ser oído antes de la prueba y antes de la sentencia definitiva

(39) CARTER HOLT-HARVEY INTERNATIONAL LIMITED (CHILE) con COMITÉ DE INVERSIONES EXTRANJERAS, Recurso de Protección, N° de Ingreso 133-91, Iltra. Corte de Apelaciones de Santiago.



en una y otra instancia. Asimismo, toda sentencia definitiva pronunciada en primera instancia en juicios de hacienda y de la que no se apele (dentro del plazo de 10 días hábiles de acuerdo a la regla general del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil), se elevará en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, previa notificación de las partes, siempre que sea desfavorable al interés fiscal.(40)

Ejecutoriada una sentencia que condene al Fisco, el tribunal remitirá oficio al ministerio que corresponda, adjuntando copias autorizadas de la sentencia, con certificado de ejecutoria. El fallo deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado oficio. Con todo, debe considerarse que el artículo 35 del decreto ley N° 2.573 de 1979, dispone que "*Las sentencias que en copia autorizada remitan los tribunales de justicia a los diversos ministerios en conformidad a lo dispuesto en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, serán enviadas al Consejo de Defensa del Estado para su informe. Sólo con el informe de esta repartición, en el que se indique el nombre de la persona o personas a cuyo favor deba hacerse el pago, se extenderá el decreto que ordene el cumplimiento del fallo. El informe respectivo será firmado únicamente por el Presidente del Consejo*".

Pese a lo prolongado de este proceso, hay jurisprudencia en Recursos de Casación en el Fondo, donde se han fallado juicios de hacienda en materia de inversión extranjera, la mayoría previa al establecimiento del Recurso de Protección. Así ocurre por ejemplo en "EMPRESA SIDERÚRGICA y FUNDI-

---

(40) Se entiende como desfavorable al interés fiscal, tanto la sentencia que no acoja totalmente la demanda del Fisco o su reconvencción, como la que no deseche en todas sus partes la demanda deducida contra el Fisco o la reconvencción promovida por el demandado (artículo 751 Código de Procedimiento Civil).

CIÓN ALISTER con IMPUESTOS INTERNOS"(41) y en "COMPAÑÍA DE ACERO DEL PACÍFICO con IMPUESTOS INTERNOS"(42). En ambos se reconoce que un contrato ley no puede ser modificado por la voluntad unilateral de uno de los contratantes (en este caso, el Estado) fallando a favor de los inversionistas extranjeros. No obstante ello, creemos que la lenta tramitación de este tipo de acciones desincentiva su utilización como mecanismo regular de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la misma.

#### B. MECANISMOS DE DERECHO INTERNACIONAL:

En Derecho Internacional, los medios pacíficos de solución de conflictos pueden clasificarse en dos grupos: diplomáticos y jurídicos. El primero, busca la resolución de una controversia por la vía política, comprometiéndose directamente el Estado en el resultado de tal gestión, como ocurre con la negociación directa, los buenos oficios, la investigación, la mediación y la conciliación. La segunda categoría, busca la solución de conflictos mediante la intervención de un tercero, quien emite una decisión obligatoria sobre el fondo del diferendo. Éstos son la intervención judicial y el arbitraje, el que a su vez puede ser institucional (realizado por un organismo permanente) o ad-hoc (realizado por un organismo eventual).(43)

---

(41) *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, Sentencia de Recurso de Casación en el Fondo de fecha 30 de abril de 1964, tomo 61, p. 60.

(42) *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, Sentencia de Recurso de Casación en el Fondo, de fecha 31 de mayo de 1965, tomo 62, p. 122.

(43) BENADAVA, SANTIAGO, *Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 293.

Si el conflicto es entre Estados, existe una controversia de Derecho Internacional público, donde han tenido más aplicación los mecanismos diplomáticos. Si el conflicto es entre particulares, ésta es una disputa de derecho internacional privado, donde tienen mayor aplicación los instrumentos jurídicos de solución, sin perjuicio de las vías diplomáticas que puedan intentarse.

En el análisis siguiente, sólo se han considerado los mecanismos de Derecho Internacional que consideran la solución jurisdiccional de controversias entre Estados y particulares, dado que los mecanismos diplomáticos no tienen carácter vinculante y los de Derecho Privado Internacional no consideran al Estado Receptor como sujeto activo o pasivo de la controversia.

Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que con la llegada de la década de los '90s y como consecuencia de la mayor internacionalización de nuestra economía, Chile comenzó a negociar diversos Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones, en lo sucesivo APPIs(44). Asimismo, la evolución de las negociaciones internacionales de carácter económico, ha llevado a Chile a celebrar Acuerdos de Libre Comercio que dentro de sus estructuras contemplan capítulos relativos a inversiones.(45)

El 25 de enero de 1991, Chile suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido como el Convenio de Washington, el cual aprobado por nuestro Congreso, se publicó en el

Diario Oficial del 9 de enero de 1992. La importancia de este Tratado, abierto a la firma de los países miembros del Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, radica en que crea dentro de la estructura de tal entidad, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuya misión es proporcionar a los inversionistas extranjeros, mecanismos de solución de controversias, tanto de arbitraje como conciliación, los que éstos pueden accionar en contra del Estado receptor de su inversión por los daños que éste o sus organismos les hubiese causado. Lo anterior es sin perjuicio que los Estados Contratantes también pueden incoar procedimientos de conciliación y/o arbitraje en contra de los inversionistas extranjeros.

Es necesario destacar que la vinculación de nuestro país con este Convenio, se remonta a los años '60. Como ha señalado Helmut BRUNNER(46), ya en 1964 nuestro país tuvo relación con este Tratado al celebrarse en febrero de ese año en Santiago, una de las cuatro reuniones consultivas convocadas por el Banco Mundial para discutir un anteproyecto del Convenio. El tema fue de gran interés e innovación al abrir la posibilidad de que los particulares tuvieran acceso a una instancia internacional como referente para resolver controversias jurídicas con el Estado receptor de sus inversiones aplicándose a ellas, en último término, el Derecho Internacional, lo que además correspondía a un ponderado equilibrio respecto de los actores en juego, por una parte los Estados receptores de las inversiones y, por el otro, los inversionistas extranjeros.

En esa época, el anteproyecto del Convenio tuvo una limitada aceptación por parte de los países de nuestra región, correspondiéndole a Chile expresar en la Reunión preparatoria de Tokio en 1964, la oposición de

---

(44) También son conocidos como Bilateral Investment Treaties (BITs) o Foreign Investment Protection Agreements (FIPAs).

(45) Hoy en día están plenamente vigentes los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile con Canadá y México, encontrándose en vías de aprobación los suscritos con Centroamérica y la Unión Europea.

---

(46) BRUNNER, HELMUT, "Memoria sobre la regulación internacional de la inversión extranjera en Chile 1960-1991", Anales del Instituto Chile, 1991, p. 105 y ss.

los países latinoamericanos a la resolución de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial que instruyó la elaboración del proyecto a los Directores Ejecutivos del Banco. Esta negativa en bloque de los países latinoamericanos conocido como "El No de Tokio", se fundó básicamente en apreciaciones ideológicas y políticas y en conceptos de soberanía imperantes en esta región en tal época.(47) Con todo, la evolución de la economía mundial y la adopción de modelos económicos fundados en el mercado incentivaron a otros países a suscribir el Convenio siendo el turno de Chile a comienzos de los '90. Al respecto, es paradójico notar que la mayoría de los países latinoamericanos que se manifestaron en contra de este Tratado, terminaron finalmente suscribiéndolo.(48)

Una segunda alternativa con que cuentan los inversionistas extranjeros de Estados con los cuales nuestro país ha suscrito APPIs o Capítulos sobre Inversiones y a su vez los inversionistas chilenos que han hecho inversiones en el territorio de tales países, corresponde al arbitraje internacional ad-hoc de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUD-

---

(47) BROCHES, ARON, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States", en *Recueil de Cours*, Vol. II, Leyden, 1972, p. 348.

(48) Aparte de Chile, así ocurrió con Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, todos hoy suscriptores del Convenio de Washington. Haití (30 de enero de 1985), Guatemala (9 de noviembre de 1995) y República Dominicana (20 de marzo de 2000) lo suscribieron en las fechas descritas, pero aún no entra en vigencia. Sólo Brasil y México no han suscrito hasta la fecha el Convenio de Washington, sin embargo este último país ha permitido indirectamente su aplicación a través del NAFTA. (<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>)

MI)(49), adoptadas por Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976, cuyo detalle comentaremos más adelante.

Los APPIs y los Capítulos sobre Inversiones suscritos por Chile son, a nuestro entender, la garantía final para la inversión extranjera en Chile. Ellos constituyen el último eslabón de la cadena de protección al inversionista, el cual consiste en elevar varias de nuestras garantías constitucionales y legales al nivel internacional, las que si son desconocidas por nuestro país y generan una controversia, abren para el inversionista extranjero la posibilidad de someterla, a su elección, a la jurisdicción nacional o a la internacional.

Un ejemplo de lo anterior corresponde al tratamiento que se da a la expropiación en los APPIs. Debemos recordar que nuestra Constitución en el artículo 19 N° 24 inciso 3° y con relación al derecho de propiedad, establece en términos generales que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien en que ésta recae o de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio. La misma disposición señala que una expropiación sólo puede tener lugar en virtud de una ley general o especial que la autorice por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador. Además agrega la norma que el expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales antes indicados.

Sobre esta materia, la mayoría de los APPIs han consagrado gran parte de los principios relativos a expropiación establecidos

---

(49) Conocida además por su sigla en inglés como UNCITRAL (United Nations Commission for the International Trade Law).

en nuestra Constitución antes citados. Así, en el caso del APPI celebrado con Argentina, vigente desde el 27 de febrero de 1995, se establece que *"Las inversiones de nacionales sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por ley fundada en causas de utilidad pública o de bien común, y deberán en tal caso ser previamente indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o la medida equivalente"*. (Artículo 4, N° 2).

Otro derecho que se ha internacionalizado es la garantía de transferencia. Al efecto, el inciso 1° del artículo 4° del decreto ley N° 600 establece que los inversionistas extranjeros tendrán el derecho a transferir al exterior sus capitales y las utilidades líquidas que éstos originen. Este derecho en términos similares se ha consagrado internacionalmente en diversos APPIs, como aquél entre Chile y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; vigente desde el 23 de junio de 1997: *"Con respecto a las inversiones, cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, la libre transferencia de sus inversiones y retornos. Las transferencias se efectuarán sin demora en la moneda convertible en que el capital fue invertido originalmente o en aquella otra moneda convertible que sea acordada por el inversionista y la Parte Contratante en cuestión. Las transferencias se efectuarán al tipo de cambio aplicable en la fecha de transferencia en conformidad con las normas de cambio vigentes"*.

En definitiva, nuestro país ha internacionalizado a través de sus tratados en materia de inversiones, principios constitucionales y legales tan importantes como son los de expropiación y transferencia, lo que contribuye a la atracción de capitales foráneos puesto

que en el supuesto que ellos cambiaran en el ámbito doméstico no se les podría ignorar al nivel de tratado sin generar responsabilidad internacional para Chile. Así, una de las principales contribuciones de los APPIs y de los Capítulos sobre Inversiones que Chile ha suscrito, es la posibilidad dada a los inversionistas extranjeros de poder defender sus derechos de acciones del Estado receptor de su inversión en un arbitraje internacional.

La disyuntiva entre jurisdicción nacional e internacional para la solución de controversias, está presente hoy en día en una gran diversidad de sectores. Una situación que ha generado debate a este respecto, ha sido la creación del Tribunal Penal Internacional. Si bien el tratado que creó el mencionado Tribunal se suscribió en Roma el año 1998(50), relevantes aspectos de esta discusión han quedado pospuestos para la dictación de sus Reglamentos de Procedimiento y de Elementos de los Crímenes, aún en etapa de redacción. Más aún, el Tribunal Constitucional chileno ha declarado al referido tratado como inconstitucional, estimando que se requiere una reforma de la Carta Fundamental para conceder jurisdicción a un tribunal internacional en esta materia(51). Resta analizar cómo esta decisión va incidir en la interpretación de tratados que contienen cláusulas de solución de controversias que permiten su resolución a través de un tribunal internacional, como ocurre en materia de inversión extranjera con los APPIs, todos los cuales contemplan la posibilidad de optar entre una jurisdicción nacional o internacional.

A continuación se analizarán los principales mecanismos de Derecho Internacional,

(50) De conformidad con su artículo 126, el Tratado de Roma entró en vigencia internacional el 1° de julio de 2002.

(51) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 8 de abril de 2002, en [www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/jurisp.noticia/sa/fallo13.html](http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/jurisp.noticia/sa/fallo13.html).

para la solución jurisdiccional de controversias en materia de inversión extranjera, destacando en cada caso sus aspectos más relevantes.

### 1. Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Desde 1991, Chile es parte del sistema del CIADI (52), el cual debe ser hoy una de las estructuras de mayor relevancia en el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera. Esta organización reviste características propias y particulares, las que son el resultado de los diferentes componentes de Derecho Internacional Público y Privado que coexisten en su naturaleza.

Como se ha dicho, el propósito de ello es la búsqueda de un balance entre los legítimos intereses de los Estados y de los inversionistas, lo cual debería generar credibilidad y confiabilidad en el sistema.

Así, el mecanismo arbitral de solución de controversias establecido en el Convenio de Washington tiene dos grupos fundamentales de normas: aquellas referidas a la jurisdicción del Centro y las propias del procedimiento de arbitraje institucional.

Respecto de aquellas relativas a la jurisdicción del CIADI destacan las relativas al consentimiento para someter una controversia a una conciliación y/o arbitraje al marco del CIADI. Se ha señalado(53) que el consentimiento de las partes es la "piedra angular" sobre la que descansa la jurisdicción del

CIADI, por ello debe ser expreso y no se presume, ni siquiera por la firma del Convenio de Washington, de manera que se requiere un consentimiento adicional o un acuerdo con el nacional de otro Estado Contratante al efecto, para que se entienda otorgado.

Este consentimiento es de carácter vinculante e irrevocable, una vez otorgado por las partes, no puede ser retirado unilateralmente, lo que implica una doble renuncia(54): Por su consentimiento, el inversionista renuncia a la protección diplomática que podría otorgarle su Estado y, asimismo, el Estado receptor de la inversión renuncia a su jurisdicción interna en la materia. Para algunos(55) incluso, con su consentimiento el Estado receptor de la inversión renuncia a su inmunidad de jurisdicción para ser demandado.

Al respecto, el artículo 27 del Convenio establece que "*Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática, ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo*". Este artículo representa la búsqueda de equilibrio entre los intereses de los Estados y de los inversionistas extranjeros y apunta al objetivo de despolitizar las controversias jurídicas relativas a inversiones.

El momento en que debe manifestarse el consentimiento no viene especificado en

---

(52) Internacionalmente es más conocido por su sigla en inglés, ICSID (International Centre of Settlement for Investment Disputes).

(53) BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO "Reporte de los Directores Ejecutivos", Epígrafe V, N° 23, en ICSID Reports, Vol. I, p. 28.

---

(54) RIOSECO, ALBERTO, "El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el Derecho de Protección Diplomática y otros Principios Jurídicos Internacionales", en *Revista Estudios* 1987, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, 198, p. 148.

(55) DELAUME, GEORGES, "Law and Practice of Transnational Contracts", New York, 1998. p. 373.

el Convenio, pero como afirma el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, "debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro". De esta manera, el consentimiento debe existir para el Estado Parte en la controversia y para el Estado nacional del inversor, en el momento en que se presenta la demanda.(56) El único requisito formal que se establece es que éste debe darse por escrito, en la forma que estimen apropiada para las circunstancias. Si bien en muchos casos, el consentimiento de ambas partes se da en un mismo instrumento, también puede expresarse en instrumentos separados, así, cuando el inversionista es requirente debe entenderse que su consentimiento se expresa al momento de presentar su solicitud al Centro.(57)

En la práctica, el consentimiento a recurrir al CIADI suele presentarse en planos jurídicos diferentes: el contractual, mediante una cláusula contenida en un contrato celebrado entre el inversor y el Estado; el de Derecho Interno, habitualmente un código o ley de inversiones; y el de Derecho Internacional, en una cláusula de un Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones.(58) Asimismo, esta disposición podría contemplarse en un instrumento multilateral.(59)

(56) VIVES, JULIO, "El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 60.

(57) Sobre este punto, incluso se podría producir el absurdo que el inversionista se negara al arbitraje del CIADI sin que el Estado receptor de la inversión pueda obligarlo, salvo que estuviera pactado en un contrato de inversión extranjera.

(58) VIVES, ob. cit., p. 69 y DELAUME, ob. cit., p. 360.

(59) Así sucede en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, donde pese a que México y Canadá no son miembros del CIADI, se ha establecido la alternativa de optar entre el Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

En el caso de Chile, los APPIS y los Capítulos sobre Inversiones son parte fundamental del sistema, puesto que en ellos se ha expresado el consentimiento de nuestro país para someterse al CIADI. Esto es lo que habilita al arbitraje o la conciliación, eventos en los cuales se interpretará el alcance de un APPI o de un Capítulo de Inversiones así como el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión y también el Derecho Internacional. Al efecto, Jean-Pierre LAVIEC señala que "existe una correlación creciente entre las normas de derecho material o de fondo, definida por los tratados bilaterales y el sistema de procedimientos establecido por el Convenio de Washington"(60). La simbiosis existente entre los APPIS y los Capítulos sobre Inversiones y el Convenio de Washington es fundamental para que el sistema opere, dado que no basta que un Estado haya suscrito el Convenio para que operen los mecanismos de arbitraje o conciliación. Así, la ratificación del Convenio es desde el punto de vista del Estado Parte, sólo una expresión de su voluntad de hacer uso de los mecanismos del Centro.

La decisión de un Estado de consentir al arbitraje del CIADI es puramente política y dentro de esta propia discreción se encuentra la facultad de determinar qué tipo de disputas de inversiones pueden considerarse arbitrables en el contexto del Centro. Consistente con ello, el artículo 25 del Convenio, dispone que cualquier Estado Parte puede notificar al CIADI, sea al momento de su ratificación o en otro posterior, la clase o clases de disputas que podrían o no considerarse arbitrables bajo este sistema.(61) Asimismo, según el artículo 70 del mismo tratado, los Estados Contratantes pueden excluir

(60) LAVIEC, JEAN-PIERRE, "Protection et Promotion des Investissements. Etude de Droit International Economique", P.U.F./Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Ginebra, 1985, pp. 1 y 269-270.

(61) DELAUME, ob. cit., p. 361.

parte de su territorio de la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, pocos Estados han hecho tales notificaciones.(62) Nuestro país, hasta la fecha, no ha indicado cuáles controversias se excluyen de la jurisdicción del Centro.

Por otra parte, en Chile, no existe legislación interna que establezca la jurisdicción del CIADI y tal posibilidad no se contempla hasta la fecha en los contratos celebrados al amparo del decreto ley N° 600(63), ni en las operaciones celebradas al amparo del señalado Capítulo XIV, ni en un tratado multilateral en el que nuestro país sea parte. En cambio, dicho pacto sí se contempla como cláusula en los APPIs y en los Capítulos sobre Inversiones suscritos por nuestro país, encontrándose en todos los acuerdos celebrados a la fecha, salvo en el celebrado con Cuba.

La jurisdicción del CIADI sólo se extiende a las disputas entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, y debe referirse a una "controversia jurídica en materia de inversiones", sin embargo en el Convenio no se define lo que es "controversia legal" ni "inversión". Se ha señalado que esta expresión es utilizada "para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derecho, pero no los simples conflictos de

---

(62) A modo de ejemplo, Gran Bretaña mantiene excluida a la isla de Chipre y Nueva Zelanda a las Islas Cook (CIADI, "Contracting States and Measures Taken by them for the Purpose of the Convention", [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)).

(63) De hecho, en el contrato modelo se contempla la siguiente cláusula decimotercera: "Para todos los efectos de este contrato, las partes fijan su domicilio en la ciudad de Santiago, y se someten a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de Justicia de esta ciudad" (MAYORGA, ROBERTO, en: MAYORGA, ROBERTO y MONTT, LUIS, *Inversión Extranjera en Chile. Marco legal general, nacional e internacional*, Editorial Jurídica ConoSur, 1993, p. 133).

intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que da lugar la violación de una obligación de orden legal"(64). Se entiende, entonces, que no comprende ninguna controversia política o diplomática que se haya suscitado a raíz de la inversión extranjera en el Estado receptor de la misma.

De acuerdo a lo anterior, es que la referencia a la naturaleza "legal" de la disputa, limita el alcance del arbitraje o la conciliación del CIADI, a conflictos concernientes a los derechos y obligaciones de las partes establecidas en el acuerdo de inversión, a la luz de las leyes y regulaciones relevantes para ese acuerdo. En este contexto, la falta de una definición de "inversión" ha probado ser una opción sabia, porque ha permitido acomodarla a tipos de inversión tradicional (aportes de capital, joint-ventures, créditos) y también a otras modernas formas de inversión, resultantes de nuevas formas de asociación entre Estados e inversionistas extranjeros, como la participación en las ganancias, los contratos de servicio y administración, acuerdos internacionales de leasing y para la transferencia de know-how y tecnología.(65)

Otro aspecto relevante sobre la jurisdicción del CIADI y el alcance del consentimiento, surge de su artículo 26, el cual establece que "*Salvo estipulación en contrario, el con-*

---

(64) BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO "Reporte de los Directores Ejecutivos", en ICSID Reports, Epígrafe V, N° 26, p. 28.

(65) En los APPIs suscritos por Chile, normalmente no se encuentran definiciones acerca de las controversias que pueden someterse a los mecanismos de solución previstos en el mismo tratado, aunque indirectamente ello suceda, mediante la definición de inversión y de inversionista que se hace en cada caso.

*sentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".* Lo anterior, altera la norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de iniciar un proceso internacional, establecida en el Derecho Internacional Consuetudinario y generalmente observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos han sido lesionados por otro Estado en violación del Derecho Internacional.(66)

El consentimiento otorgado por Chile en los APPIs y en los Capítulos sobre Inversiones, se ha otorgado sin exigencia alguna de agotamiento de las instancias internas. Esto se manifiesta en la cláusula de "opción única e irrevocable" por alguno de los mecanismos de solución de controversias que ellos contemplan, y que llevan a elegir entre mecanismos internos del Estado receptor o internacionales.(67)

En materia de normas de procedimiento, el Convenio de Washington posee algunas particularidades. En efecto, su artículo 42 prescribe que el Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley y que el derecho aplicable será el que acuerden las partes y ante la ausencia de tal acuerdo se aplicará la legislación del Estado parte de la diferencia incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado

y aquellas normas de Derecho Internacional que fuesen aplicables. Este mecanismo inclusive permite que si las partes en litigio así lo acuerdan, el Tribunal podrá fallar la diferencia *ex aequo et bono*. Se aísla con esto el riesgo de no fallar a falta de norma aplicable

Dentro de las normas de procedimiento, debemos destacar las relativas al Reconocimiento y Ejecución del Laudo contenidas en los artículos 53 y 54 del Convenio. Éstas otorgan eficacia al sistema arbitral, puesto que constituyen un mecanismo simplificado de reconocimiento y ejecución de laudos en virtud del cual todos los Estados parte del Convenio deben reconocer y ejecutar un laudo del CIADI "como si fuera una sentencia firme de sus tribunales internos, de modo que el tribunal u órgano interno que conozca de la ejecución no puede revisar bajo ningún aspecto el laudo del Centro".(68)

Sin perjuicio de otros recursos, el artículo 52 del Convenio permite a cualquiera de las partes presentar un recurso de anulación de los laudos, el que se funda en la incorrecta constitución del tribunal, la corrupción de alguno de sus miembros, haber excedido el tribunal sus facultades, el quebramiento grave de normas de procedimiento y la omisión en el laudo de los motivos en que se funda.

Este recurso se presenta ante el Secretario General del Centro y es resuelto por una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de su Lista de Árbitros, todas ellas designadas por el Presidente del Consejo Administrativo y Financiero del Centro; que es el Presidente del Banco Mundial, las cuales no deben tener relación alguna con las partes en conflicto(69). Autores como Julio VIVES(70) señalan que este recurso ha

(66) VIVES, ob. cit., pp. 125-127.

(67) Con todo, en algunas ocasiones, si se ha optado por la jurisdicción del Estado receptor, ciertos APPIs establecen la posibilidad de acudir al tribunal arbitral señalado en el acuerdo, luego de transcurrir un determinado plazo sin resultados positivos en la solución de la controversia, tales son los casos de los Acuerdos celebrados con Alemania y Suiza.

(68) VIVES, ob. cit., p. XXVIII.

(69) CONVENIO DE WASHINGTON, Artículo 52 N° 3.

(70) VIVES, ob. cit., p. XXVIII.



generado dificultades para los Comités ad hoc llamados a conocerlo y resolverlo, especialmente al calificar situaciones donde hay un supuesto abuso manifiesto de sus facultades por parte del Tribunal o cuando hay falta de motivación en el laudo en relación con el derecho aplicable.

## 2. Arbitraje del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

En 1969, se sugirió a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) la preparación de un conjunto de reglas modelo sobre arbitraje contractual, las que más tarde podrían convertirse en una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. El Reglamento sobre Arbitraje fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976, por medio de la resolución N° 31/98, quedando pendiente la aprobación de una ley modelo.(71)

Desde ya, el procedimiento que ofrece este reglamento para la solución de los conflictos es sólo el arbitraje internacional.(72) Ello se refleja en el preámbulo de la referida resolución de la Asamblea General, donde se reconoce "*el valor del arbitraje como método de resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales*" y se expresa el convencimiento que "*el establecimiento de normas de arbitraje especial que sean aceptables para países con distintos sistemas jurí-*

*dicos, sociales y económicos contribuiría señaladamente al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas*".

El reglamento se estableció para proporcionar un conjunto de reglas contractuales aplicables a los arbitrajes ad hoc. En ellos, las partes pueden estar de acuerdo en someter la controversia a la decisión de árbitros, pero tener divergencias sobre el procedimiento aplicable en el arbitraje, problemas que se evitan sujetando el arbitraje al Reglamento de la CNUDMI sobre la materia.(73)

La aceptación que ha tenido este mecanismo, se debe entre otras cosas al hecho que durante la preparación del reglamento en el seno de la Comisión su elaboración se basó prácticamente en todos los textos internacionales relevantes sobre arbitraje. Durante la aludida fase, se escuchó la opinión de numerosos expertos e instituciones de arbitraje comercial internacional, cuyas reflexiones fueron orientaciones sobre los aspectos positivos y negativos relativos a las reglas que se aplicaban en este dominio de la solución de conflictos(74). Asimismo, la redacción clara y precisa de estas reglas, ha dado motivo para su inclusión en muchos APPIs y Capítulos de Inversiones como una opción para la solución de controversias en una materia muy relacionada, pero distinta del comercio internacional, como es la inversión extranjera.

Un principio inspirador del Reglamento de la CNUDMI es la prevalencia de las disposiciones imperativas de procedimiento, dado que ningún Estado estaría dispuesto a aceptar el resultado de un arbitraje, que se ha llevado a cabo en su territorio o bajo su ley procedimental, si los árbitros vulneran las normas de orden público en la materia, que por tener dicho carácter no pueden ser dero-

---

(71) SANDOVAL, RICARDO, "El sistema de arbitraje internacional bajo el marco de UNCITRAL", Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 2000, p. 8.

(72) JARAMILLO, PAULA y VITERI, VIVIAN, "Mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera", Memoria de Grado, Universidad de Chile, 1998., p. 101.

---

(73) SANDOVAL, ob. cit., p. 8.

(74) SANDOVAL, ob. cit., p. 9.

gadas.(75) Este principio se recoge en el artículo 1º de las reglas, al señalar que "*Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición*".

Otro principio orientador de estas reglas es la discrecionalidad del tribunal en la conducción del procedimiento, contemplado en su artículo 15 N° 1 "*Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos*".

Debe tenerse en cuenta que las partes, de común acuerdo, pueden modificar las reglas de procedimiento arbitral de la CNUDMI, tal como se reconoce expresamente en el ya citado artículo 1º: "*Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito*".

El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como procedente para el fondo del litigio. Si las partes no lo han hecho, aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime pertinente. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley del procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje. En todos los casos, el tribunal arbitral debe decidir con arreglo a las estipulaciones del contrato y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables.

(75) SANDOVAL, ob. cit., p. 9.

En términos generales la alternativa que abre las Reglas de Arbitraje CNUDMI en relación con las disputas en materia de inversión extranjera carece el respaldo institucional que ofrece el sistema CIADI pero es indudable que esta alternativa permite neutralizar las dificultades que ofrece el arbitraje ad hoc, al fundarse las reglas de esta Comisión, en procedimientos internacionalmente aceptados. Sin perjuicio de lo anterior y aun cuando las Reglas de Arbitraje CNUDMI han sido adoptadas por varios países es necesario indicar que su importancia primaria está en el campo de las controversias comerciales privadas entre particulares más que en las controversias entre Estados receptores de inversiones e inversionistas extranjeros.(76)

#### IV. CONCLUSIONES

Es real la coexistencia de mecanismos internacionales y nacionales de protección de derechos de los inversionistas extranjeros, lo que abre la opción para éstos de una revisión judicial económica interna o internacional. Esta elección del inversionista es vital para sus intereses puesto que como ya se ha dicho, en la mayoría de nuestros compromisos internacionales relativos a inversiones, está consagrado el principio de opción única y definitiva de jurisdicción. Por lo anterior, es importante esbozar algunas ideas sobre la eficiencia de ambos sistemas, no tanto en cuanto a medidas cautelares como en acciones de fondo.

Por ejemplo, en el ámbito interno, ¿qué puede hacer un inversionista extranjero ante una expropiación autorizada por ley?, ¿demandarlo por incumplimiento de contrato o indemnización de perjuicios? Cualquiera de esos juicios se tramita bajo la modalidad de juicio de hacienda, demorándose a lo menos 5 años si se incluyen ambas instan-

(76) MUCHLINSKI, PETER, "Multinational Enterprises and the Law", Blackwell, Oxford, 1990, p. 540.

cias(77). Por su parte, los juicios arbitrales seguidos en el marco del CIADI en los últimos 10 años, se han demorado sólo un promedio de 3 años.(78)

Por otro lado, ¿cuán efectivos son los sistemas de solución de controversias internacionales entre inversionistas y Estados, para los pequeños y medianos empresarios extranjeros que han invertido en nuestro país o para los chilenos que han invertido en el extranjero? Normalmente un inversionista de tamaño medio no puede asumir los altos costos administrativos del CIADI ni los elevados honorarios de los abogados, esto genera una separación con los grandes inversionistas.

A modo de ejemplo, a contar del 1 de julio de 2002, la parte que desee incoar un procedimiento de conciliación o arbitraje debe pagar al CIADI un derecho de registro no reembolsable de US\$ 7.000, considerando además honorarios de árbitros de US\$ 2.000 por cada día de trabajo efectivo(79). No cabe duda que estos costos administrativos dificultan que accedan a este procedimiento muchos inversionistas, observación que es compartida en diversos ámbitos.(80)

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿quiénes prestan servicios en este tipo de

---

(77) Información sobre este punto puede encontrarse en el *Anuario de Justicia 1998*, publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas, disponible en [http://www.ine.cl/chile\\_cifras/f\\_chile\\_cifras.htm](http://www.ine.cl/chile_cifras/f_chile_cifras.htm).

(78) Al respecto, véase [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

(79) En la página web del <http://www.worldbank.org/icsid/>, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ha publicado la nueva tabla de derechos, honorarios y cargos en vigencia desde el 1º de julio de 2002.

(80) Al respecto, véase BAKER, JAMES, "Foreign Direct Investment in Less Developed Countries: The Role of ICSID and MIGA", Westport, Estados Unidos, 1999.

arbitraje? Si uno revisa este tema descubre que son pocos los estudios que tramitan juicios de esta naturaleza; no más de diez. En este circuito limitado figuran oficinas de abogados que se repiten en varios casos, entre ellos están White & Case; Arnold & Porter; Powell, Goldstein, Frazer and Murphy LLP; Shearman & Sterling y Deveboise & Plinton, verdaderas "multinacionales" de servicios jurídicos, cuyos honorarios como es fácil de imaginar no son de baja cuantía.

Hay entonces una estratificación en la solución de controversias. Hay soluciones "Clase A", para inversionistas grandes que pueden optar a mecanismos de primer nivel y una "Clase B" para inversionistas menores que pueden acceder a mecanismos internos que en la práctica no los resguardan adecuadamente. Ello se contrasta con el hecho que en la actualidad, si un inversionista extranjero tiene un problema de inversión extranjera, no existe ningún mecanismo interno razonablemente eficiente para solucionarlo pese a la considerable cuantía que estos juicios normalmente presentan.

Así, en el caso de nuestro país, en el juicio seguido por Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende en contra de la República de Chile (Caso N° Arb/98/2), los demandantes han solicitado una indemnización superior a los US\$ 500 millones por confiscaciones ocurridas en el período 1973 - 1875 durante el régimen militar, de dos sociedades respecto de las cuales Pey Casado alega ser dueño.(81)

La solución de controversias en materia económica en estos días, no se satisface plenamente con acciones procesales de lato conocimiento. Como lo señala FERNANDO-

---

(81) Se debe hacer presente que además de este caso, se encuentra registrado ante el otro en contra de la República de Chile, el cual corresponde al arbitraje seguido por la empresa malaya MTD Equity Sdn. Bhd. y su filial chilena MTD Chile S.A., registrado el 6 de agosto de 2001 y cuya identificación corresponde al caso N° ARB/01/7.

IS (82) *"La vertiginosidad que caracteriza al mundo jurídico económico actual, sin prescindir de aquellas acciones, necesarias para las certezas de fondo, exige a menudo hacer frente a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y detener sus cuantiosos perjuicios con presteza"*.

Así, aun cuando el sistema internacional implica costos elevados, creemos que su efectividad, conveniencia y rentabilidad frente al sistema interno lo hace más atractivo para el gran inversionista extranjero. Debemos recordar que un gran inversionista extranjero puede perfectamente desarrollar "lobby" en el resto de las estructuras del Banco Mundial, de la cual es parte el CIADI, a fin de generar situaciones de presión para el Estado receptor de la inversión y eventualmente contraparte en caso de litigio.

Por otro lado no cabe duda que la mayor flexibilidad en la interpretación jurídica que hacen los árbitros en un procedimiento arbitral CIADI o CNUDMI abre mayores posibilidades de interacción entre el Derecho Nacional del Estado receptor de la inversión y el Derecho Internacional, situación que es bastante menos probable si la controversia se lleva a conocimiento de la jurisdicción local del Estado receptor de la inversión.

No obstante lo anterior, y sin desmerecer la importancia de las limitaciones operativas que hemos señalado anteriormente, consideramos que existe un problema mayor. En nuestro parecer, los equilibrios que buscó el Convenio de Washington entre los intereses de los inversionistas extranjeros y de los Estados Receptores de las inversiones y que en cierto modo se habrían logrado a través del consentimiento bajo modalidades, la posibilidad de exigir el agotamiento de las instancias internas, la renuncia a la protección diplomática, se ven menoscabados por un aspecto que afecta a los Estados Contratantes, nos referimos al sistema de

registro de las solicitudes de conciliación y arbitraje establecido en los artículos 28 y 36 del Convenio de Washington.

Debemos señalar que tales disposiciones del Convenio, asignan al Secretario General del Centro la responsabilidad de registrar la solicitud de conciliación o arbitraje a petición unilateral de un Estado Contratante o de un nacional inversionista de otro Estado Contratante. Tal registro se hace solamente con los antecedentes que provee el requirente y no existe instancia formal alguna donde la parte requerida pueda oponerse a tal registro, el que solamente no tendrá lugar si la diferencia que se somete a conciliación o arbitraje está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

Es indudable que esta situación genera un conflicto para el Estado requerido, puesto que no es difícil generar un escenario donde aparentemente el Centro pueda tener jurisdicción. Lo anterior puede perfectamente producir ya en ese momento un perjuicio para el Estado, toda vez que el circuito en que se mueven estos temas es reducido y rápidamente se hacen públicos estos procedimientos, lo que obviamente impacta la imagen del Estado requerido como plaza de inversiones.

Este mecanismo de registro encomendado al escrutinio unilateral del Secretario General y que constituye un examen *"prima facie"* de la competencia del Centro, fue el resultado de la presión de los países en vías en desarrollo durante la discusión del Convenio, los cuales, como lo expresa Julio VIVES (83), *"no estaban dispuestos a aceptar la posibilidad de que las empresas pudieran presentar demandas abusivas utilizadas como un medio de presión contra ellos"*. Creemos que esta amenaza para los Estados Contratantes sigue vigente y debería ser objeto de alguna iniciativa para su estudio y eventual modificación.

(82) FERMANDOIS, ob. cit., p. 81.

(83) VIVES, ob. cit., p. 3.

Por último y desde la perspectiva de los Estados receptores de las inversiones, se plantea otro desafío: la necesidad de crear organismos especializados dentro de las estructuras de gobierno que asuman la defensa de los intereses del Estado.

El objetivo de este trabajo no ha sido más que comentar algunos aspectos de los

mecanismos que existen en nuestro ordenamiento jurídico para que los inversionistas extranjeros defiendan sus intereses. Esperamos que estas opiniones estimulen el debate jurídico en esta materia y confiamos en tener la oportunidad de seguir examinando este tema en una obra más acabada y completa.